

IDENTIDAD INDÍGENA

Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO *

Resumen

Denominamos pueblos indígenas a unos grupos humanos dispersos por casi un centenar de Estados, a pesar de la heterogeneidad que apreciamos entre, por ejemplo, los esquimales y los indígenas yora de la Amazonia peruana, existen unos elementos comunes que permiten considerarlos como pueblos indígenas. En este trabajo se identifican y desmenuzan cuales son, a la luz de la práctica no solo reflejada en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, sino también la de los órganos internacionales y nacionales que han tenido oportunidad de enfrentarse a cuestiones derivadas de la identidad indígena para intentar profundizar en todos los aspectos relacionados con ella.

Abstract

Indigenous peoples refer to different human groups scattered around the world in about hundred States. In spite of the heterogeneity that prevails among them, for example, between the Sami and the Yora living in the Peruvian Amazonas, all these groups share some common elements that make it possible to consider them indigenous peoples. This study identifies and discusses these elements in the light of the practice reflected not only in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, but also in the pronouncements of international and national organs that have been given the opportunity to analyze questions concerning the indigenous identity and come to develop more thorough meanings of all its aspects.

Palabras clave

Pueblos indígenas, identidad, derechos culturales, continuidad histórica, derechos sobre sus territorios, condiciones sociales.

Keywords

Indigenous peoples, identity, cultural rights, historical continuity, territorial rights, social conditions.

* Soledad Torrecuadrada García-Lozano es Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. Introducción; II. Descendencia de los pobladores originarios del territorio en cuestión; III. Condiciones sociales, culturales y económicas que les individualizan frente a otros sectores de la colectividad nacional; IV. Se rigen total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; V. El territorio, elemento central de la identidad indígena; 1. La propiedad colectiva; 2. Los problemas derivados de la exploración y explotación de los recursos; 3. Un instrumento pacificador: la consulta previa e informada; VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

SEGÚN datos del Banco Mundial, la población indígena mundial supera los doscientos millones de personas que habitan en más de setenta Estados (1) cifra que, si consultamos la página del Foro Permanente de Naciones Unidas para cuestiones indígenas, se eleva hasta los trescientos setenta millones, asentados en noventa Estados (2). A pesar de las diferencias, ambos datos nos sirven para significar que, si bien representan alrededor del cinco por ciento de la población mundial, su situación de vulnerabilidad (en algunos supuestos realmente extrema) supone el quince por ciento de la pobreza mundial, afectando especialmente a las mujeres, lo que ha llevado a afirmar que la pobreza tiene cara de mujer indígena (3).

Estos grupos humanos se encuentran repartidos por todos los continentes, en Europa cerca de ochenta mil personas sami habitan desde hace más de dos mil años en el norte de Noruega, Finlandia, Suecia y la Península rusa de Kola (4). La mitad de ellos en Estados miembros de la Unión Europea, sin que ese hecho repercuta en modo alguno sobre las condiciones de vida de las que disfrutaban si lo comparamos con el resto de los grupos indígenas de otras latitudes. Junto con los sami, también en Europa encontramos a los inuit de KalaallitNunaat (Groenlandia) (5).

(1) Vid. en <http://www.bancomundial.org/temas/resenas/indigenas.htm>

(2) Vid. en <http://social.un.org/index/IndigenousPeoples/Library/StateoftheWorldsIndigenousPeoples.aspx>. Los datos indicados pueden variar en la medida en que existen pueblos en aislamiento voluntario, cuya existencia podemos ignorar y, aunque se hayan contactado, cabe la posibilidad de que no conozcamos con exactitud el número de personas que lo componen, debido a su falta de documentación o inscripción en los registros.

(3) Vid. en Introducción del Informe de J. RODRÍGUEZ O. y otros, «Sistematización de las investigaciones nacionales sobre acceso a la justicia de las mujeres indígenas en Centro América», publicado en julio de 2008, en <http://www.iidh.org>. La discriminación de las mujeres en los grupos humanos no es una novedad, pero resulta especialmente preocupante en grupos vulnerables, en los que son siempre la parte más débil. La particularidad de las mujeres indígenas se encuentra en la suma de un doble factor: son miembros del grupo indígena y mujeres, lo que multiplica la vulnerabilidad. Como las mujeres del primer mundo, las indígenas sufren discriminación salarial, vid. por ejemplo, la Undécima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, celebrada el 14 de julio de 2010 en Brasilia (Brasil), «el sueldo de las mujeres indígenas representa el 31 % del salario de los hombres y un 30% del de las no aborígenes». Vid. noticia de la Agencia EFE, «Las indígenas y afrodescendientes quieren ser autoras de políticas públicas», distribuida por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

(4) http://www.fondoindigena.org/notiteca_notas.shtml?x=18290

(5) Se trata de 57.000, según los datos facilitados por <http://www.iwgia.org/regiones/articulo/groenlandia>

La dispersión y heterogeneidad que les caracteriza provoca la necesidad de identificar sus rasgos comunes, con el propósito de determinar los elementos básicos de su identidad. Con esta finalidad, podemos analizar las definiciones de pueblo indígena con que contamos, para visualizar a quienes conceptualmente se entienden como tales. En este sentido, partimos de la inexistencia de una generalmente aceptada, debido no a su ausencia sino a la confluencia de definiciones no siempre coincidentes en cuanto a los factores ponderados, pues existen dos positivadas incorporadas en los Convenios 107 y 169 de la OIT y una funcional, que encontramos en la Directiva operativa del Banco Mundial (6), realizada con el objeto de permitir la identificación de los grupos humanos a los que resultaban aplicables sus políticas y proyectos. A ellas hay que añadir la aproximación de J.R. Martínez Cobo, Relator especial de la subcomisión sobre prevención de la discriminación y protección de las Minorías de las Naciones Unidas. Se trata de definiciones conceptuales que, sin coincidir plenamente, nos permiten extraer rasgos determinantes para identificar a una colectividad humana como indígena (7).

Por otra parte, hemos de tener en cuenta que el concepto de pueblo indígena no resulta pacífico, pues nos permite identificar un grupo heterogéneo que cuentan con unos rasgos comunes (8), y son titulares de unos derechos internacionalmente reconocidos. Precisamente, por este último motivo, algunos Estados pretenden restringir el alcance de la definición con el propósito de evitar que grupos tradicional-

(6) Falta de coincidencia que se advierte especialmente en los ordenamientos internos estatales. Como ejemplo citaremos la Constitución de Paraguay de 1992 establece al efecto en su art. 62 el reconocimiento de «... la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización el Estado paraguayo»; el art. 4 de la Ley costarricense de Desarrollo Autónomo de los pueblos Indígenas según la cual son indígenas «Los pueblos que mantienen una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la Colonia y están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones, sus territorios ancestrales, como base de sus existencias continuadas como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales»; el artículo 1 de la Ley núm. 19.253 Indígena Chilena «El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde los tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: Mapuche, Aimara, Rapa Ni o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes». Las Constituciones de Nicaragua o Guatemala ofrecen escasos índices que faciliten la identificación de los grupos indígenas: así el artículo 89 de la Constitución de Nicaragua utiliza un criterio geográfico al proclamar que «Las Comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense...»; por su parte, el art. 66 de la Constitución de Guatemala emplea un criterio étnico, al afirmar que «Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya». En otros casos, como en las Constituciones de Brasil, Bolivia, Perú o Venezuela se reconocen los derechos de sus pueblos indígenas, aunque sin aportar definición alguna al respecto.

(7) La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas pese a haberla preparado el Grupo de trabajo creado en el seno de esta Organización Internacional a estos efectos que contaba con presencia indígena, no incorporó definición alguna, aunque en su preámbulo se refiere a las características normalmente predicables de estos grupos humanos. *Id.* la Resolución 61/295 de la Asamblea General de 13 de septiembre de 2007.

(8) En la Reunión técnica sobre el Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, celebrada en Ginebra entre los días 3-5 de agosto de 1992, ya se puso de relieve que «Hay muchas cuestiones comunes a las poblaciones indígenas, como la expulsión de sus tierras, la pérdida de los derechos de propiedad y la falta de respeto por su cultura y por las contribuciones que habían aportado», *vid.* en Doc. UN E/CN.47/1992/AC.4/TM2/3, parag. 37.

mente asentados en su territorio se vean alcanzados por ella [lo que ocurre fundamentalmente en Asia (9)], en un intento de impedir el ejercicio de aquellos derechos (10), negando así su propia realidad social (11).

Los elementos esenciales que componen la identidad indígena, de acuerdo con las definiciones existentes son: su nivel de desarrollo –social y económico–, inferior al general del Estado en el que habitan («etapa menos avanzada», según el Convenio 107 de la OIT), lo que el Banco Mundial denominaría *disadvantaged in the development process* (12); y, en segundo término, su organización de acuerdo con normas diferentes a la del resto de la población («estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial») (13). A ellos se añadirían las particularidades culturales, las sociales y económicas que figuraban entonces junto con el elemento novedoso de la consideración como indígenas de los grupos que «habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época... del establecimiento de las actuales fronteras estatales», siempre que conserven (total o parcialmente) su organización política, econó-

(9) Según la evaluación de mitad de periodo de los progresos logrados en la consecución del propósito y los objetivos del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo. Informe del Secretario General (DOc. A/65/166), p. 7, parág. 20, «Aunque en la región de Asia y el Pacífico vive aproximadamente el 70% de los pueblos indígenas del mundo, solo algunos Estados de la región han reconocido oficialmente la existencia de pueblos indígenas en su territorio».

(10) Como muestra M. Alfonso MARTÍNEZ, en su segundo informe preliminar sobre el *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, las comunidades indígenas asiáticas y africanas pueden ser realmente calificadas como indígenas, teniendo en cuenta su hábitat y modo de vida. Vid. en UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/27, párrafos 116 y 128.

(11) A pesar del interés plasmado en el seno de la OIT por incorporar un concepto amplio de pueblos indígenas, la referencia a la colonización o la conquista permite a algunos Estados rechazar la condición de indígena de algunos grupos humanos étnica y culturalmente diferenciados. Según R.L. BARSH «Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law», en *American Journal of International Law*, 1986, vol. 80, pp. 369-385, en la p. 375, la India en más de una ocasión cuando se ha discutido acerca de un concepto de «pueblos indígenas» ha amenazado con bloquear la adopción de cualquier resolución a menos que estuviera expresamente limitada a «las regiones de América, Australia y regiones Árticas», afirmación realizada en el debate acerca de las propuestas renovadas del Fondo Voluntario de Naciones Unidas para los pueblos indígenas.

(12) El Banco Mundial, en la OP (*Operational Policy*) 4.10, de 2005 que vino a sustituir (junto con el BP –Bank Procedure– 4.10) a su antecesora Directiva Operacional 4.20, de 1991, incorpora la siguiente definición: «For purposes of this policy, the term “Indigenous Peoples” is used in a generic sense to refer to a distinct, vulnerable, social and cultural group possessing the following characteristics in varying degrees: (a) self-identification as members of a distinct indigenous cultural group and recognition of this identity by others; (b) collective attachment to geographically distinct habitats or ancestral territories in the project area and to the natural resources in these habitats and territories; (c) customary cultural, economic, social, or political institutions that are separate from those of the dominant society and culture; and (d) an indigenous language, often different from the official language of the country or region». El texto completo de la OP 4.10 puede descargarse de: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20553664~menuPK:4564187~pagePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184~isCURL:Y~isCURL:Y,00.html>

(13) Son los elementos incorporados en la primera definición positiva con vocación de universalidad de la que disponemos (pues existe otra anterior, aunque regionalmente limitada, en la Resolución XI de la 8.ª Conferencia Internacional de los Estados Americanos, de 21 de diciembre de 1938), contenida en el artículo 1.1 del Convenio núm. 107 de la OIT sobre poblaciones tribales y semitribales en Estados independientes, vid. en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107

mica, social y cultural (14), lo que viene a ser su continuidad histórica (15). Resulta de la mayor relevancia la incorporación de la conciencia de pertenencia a un grupo indígena, la conocida autoidentificación (tanto individual –del propio individuo respecto del grupo– como colectivo –en sentido inverso al anterior–), en respuesta a las demandas de los grupos indígenas, firmes defensores de que fuera el único criterio determinante para su reconocimiento (16) y uno de los esenciales desde la perspectiva del Banco Mundial (17). Este factor es un avance importante porque supone la presencia de un rasgo subjetivo en la identificación de los miembros del grupo.

Una definición de gran interés en este punto es la que leemos en el estudio realizado por el Relator Especial de la Subcomisión de NU sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías, J.R. Martínez Cobo, que contenía un análisis preliminar acerca del concepto «indígena» (18), que a los elementos ya referidos (comola continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión o a la colonización, su caracterización cultural propia y diferenciada del resto de la población del Estado en el que se asientan),añadía otros como su consideración de grupo no dominante (puessiendo mayoritarios en númerose encuentran alejados de los centros de poder), la especial relación que tienen con las tierras que ocupan y su deseo de conservarlas y transmitir las a sus descendientes, al menos en idénticas condiciones a las que las recibieron; y, por último, su conciencia de grupo, ya que desean continuar su existencia como pueblos de acuerdo con sus propios modelos culturales, instituciones sociales y sistemas jurídicos.

(14) Se trata de los elementos incorporados en el artículo 1.1 del Convenio núm. 169 de la OIT, sobre los pueblos indígenas y tribales en los Estados independientes, *vid.* en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169. Puede leerse una brillante interpretación de esta definición en BROWNIE, I., «Treaties and Indigenous Peoples», en F.M. Brookfield (ed.) *The Robb Lectures*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 60-67.

(15) Por continuidad histórica, J.R. MARTÍNEZ COBO en su estudio (*vid. supra* nota núm. 10) indica lo siguiente: «This historical continuity may consist of the continuation, for an extended period reaching into the present, of one or more of the following factors: (a) Occupation of ancestral lands, or at least of part of them; (b) Common ancestry with the original occupants of these lands; (c) Culture in general, or in specific manifestations (such as religion, living under a tribal system, membership of an indigenous community, dress, means of livelihood, lifestyle, etc.) (d) Language (whether used as the only language, as mother-tongue, as the habitual means of communication at home or in the family, or as the main, preferred, habitual, general or normal language); (e) Residence in certain parts of the country, or in certain regions of the world; (f) Other relevant factors».

(16) El criterio de autoidentificación, posteriormente se ha reconocido como derecho de los pueblos indígenas en el artículo 33.1 de la Declaración de Naciones Unidas, que establece: «Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones». En la definición de J.R. Martínez Cobo, se explicita la doble vertiente de la autoidentificación, al no consistir exclusivamente en la capacidad de los miembros del grupo de identificarse como tales sino también la del propio grupo de establecer las características determinantes de su pertenencia. *Vid. supra* nota núm. 10.

(17) *Vid. supra* nota núm. 12.

(18) «379. Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.» *vid.* en UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, parág. 379.

Llegados a este punto, considero que podemos proponer una definición flexible capaz de enfrentar las políticas estatales de exclusión de sus grupos indígenas con el propósito de eludir reconocer los derechos de los que son titulares que vendría a identificar a los pueblos indígenas como los grupos humanos que descenden «de los habitantes originarios del territorio que ocupan, diferente cultural, étnica, social o políticamente de otros grupos del mismo Estado, que pretende conservar y transmitir a las generaciones venideras esas características diferenciales». Del mismo modo, individuos indígenas serán quienes «cumpliendo unos requisitos objetivos mínimos –lenguaje, cultura, antepasados comunes, ocupación de las tierras en las que se asienta el pueblo indígena en cuestión o de parte de ellas-, se consideran tales y son admitidos como miembros por el grupo indígena con el que se sienten identificados» (19).

Una precisión al respecto, pues aunque nos refiramos a la descendencia de «los habitantes originarios del territorio que ocupan», no es precisa la permanencia continuada en el mismo, nos podremos encontrar con grupos indígenas nómadas o que hayan sido expulsados de sus tierras y reubicados en otros territorios (20), a pesar de lo cual mantienen una estrecha relación con los que consideran sus territorios por variadas razones, sea el lugar en el que se encuentran sus santuarios, lugares sagrados, cementerios u otras (21).

En las páginas que siguen se desarrollan los elementos determinantes de la identidad indígena: en primer lugar, la descendencia de los pobladores originarios del territorio en cuestión, que se encuentran en condiciones sociales, culturales y económicas que les individualizan frente a otros sectores de la colectividad nacional (utilizando la terminología del Convenio 169 de la OIT) y se rigen total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Entre todos los elementos culturales emerge con una energía incomparable su relación con el territorio, pues responde a un concepto muy diferente al de las civilizaciones no indígenas (para las que cuenta con un interés meramente económico) mientras aquellos lo consideran la fuente de la vida y la espiritualidad. Debido a la relevancia del territorio para las culturas indígenas, estimo oportuno dedicarle un epígrafe

(19) Ambas definiciones se encuentran en TORRECUDRADA, S., *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Dykinson, 2001.

(20) *Vid.* en este sentido el artículo 16 del Convenio núm. 169 de la OIT, que afirma «1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación». El artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas proclama en este punto «Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso».

(21) Incluso existen pueblos que habitaban tradicionalmente en zonas costeras pero huyeron hacia el interior en busca de la seguridad cuando llegó el invasor, convirtiéndose el lugar en el que se asentaron en su territorio actual.

independiente en el que se identificaran los problemas a los que han de enfrentarse en relación a este aspecto fundamental para los grupos humanos considerados.

II. DESCENDENCIA DE LOS POBLADORES ORIGINARIOS DEL TERRITORIO EN CUESTIÓN

El primer rasgo característico de la identidad indígena es la continuidad histórica con los pobladores originarios de los territorios que fueron ocupados o colonizados por grupos humanos culturalmente diferentes. Es cierto que no en todos los casos se cumple esta característica pues encontramos supuestos en los que se produjo un desplazamiento de las que fueron sus tierras ancestrales, porque huían del invasor hacia otros lugares que consideraron más seguros y protegidos de aquel; o debido a desplazamientos forzados (22). En todo caso, en los territorios, sean ancestrales o fruto de la reubicación secular, han establecido los vínculos tradicionales con este elemento fundamental para las culturas indígenas.

En el continente americano se viene aplicando la regulación en materia indígena a otros pueblos que no cumplen este requisito: el de los afrodescendientes. Los pertenecientes a esta categoría encuentran su origen en grupos que si bien no se encontraban en el que ahora es su territorio cuando se produjeron las invasiones, alcanzaron este lugar desde el continente africano y no precisamente de forma voluntaria (debido al comercio de esclavos). En esos nuevos territorios mantuvieron los rasgos culturales originarios, lo que conceptualmente les ubica en la categoría de pueblos tribales (23), definidos por el Convenio 169 de la OIT como aquellos que reúnen todos los requisitos de los pueblos indígenas salvo el que nos ocupa (la presencia en el territorio anterior al colonizador) (24).

Por otra parte, aunque la descendencia de los pobladores originarios nos conduce hacia una identificación del grupo indígena sobre una base étnica, no cabe excluir la posible matización de esta cuestión en la medida en que se compartan el resto de los requisitos. Así, podremos encontrar pueblos mestizados (como el de los Garífunas en el Golfo de Honduras (25)), sin por ello descartar su consideración indígena.

La proximidad entre los pueblos indígenas y los afrodescendientes produce que la regulación existente en materia de derechos de los primeros resulte plenamente aplicable a los segundos, debido a lo anterior y a que los Convenios de

(22) En este segundo supuesto se encuentra por ejemplo el origen del municipio venezolano de San Diego, en el Estado de Carabobo, *vid.* página oficial en <http://www.alcaldiadesandiego.gob.ve/municipio.php>

(23) *Vid.* http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/25730/pueblosindigenas_final-web.pdf. Sobre el caso venezolano, véase TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2011.

(24) El artículo 1.1.a) establece que es un pueblo tribal aquel que «no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones».

(25) Es el caso de los Garífunas que descienden de africanos indígenas caribes (conocidos también como caribales o kalinagos) y arahuacos, *vid.* <http://www.garifuna.com/>

la OIT de 1957 y 1989 regulan conjuntamente los derechos de los grupos indígenas y tribales. La identidad en lo que a la titularidad de estos derechos se refiere ha sido subrayada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos(26) y aplicada por la Corte en los asuntos relacionados con la propiedad colectiva de sus territorios (27).

De otro lado, la continuidad histórica de los grupos indígenas actuales con aquellos pueblos originarios no ha de entenderse como identidad inflexible, dado que las sociedades humanas son dinámicas y evolucionan con el tiempo. Del mismo modo que los sectores no indígenas difieren en gran medida de lo que eran en siglos anteriores, no podemos pensar que los demás grupos humanos culturalmente definidos debieron quedar anclados en aquel momento. En apoyo de esta consideración, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas proclama el derecho a «practicar y revitalizar» sus costumbres y tradiciones culturales, lo que inevitablemente apunta en el sentido de la evolución cultural por el camino decidido por el propio grupo y no impuesto por agentes externos a él (28).

En consecuencia, hemos de identificar como indígenas a aquellos grupos que descienden de los pobladores originarios y, en la actualidad, conservan los rasgos culturales evolucionados desde aquellas culturas originarias. Evidentemente la transformación encuentra un límite en la asimilación, pues la plena incorporación a otros grupos humanos culturalmente diferenciados de aquel del que descienden implicará la pérdida de la pertenencia a este último (29).

III. CONDICIONES SOCIALES, CULTURALES Y ECONÓMICAS QUE LES INDIVIDUALIZAN FRENTE A OTROS SECTORES DE LA COLECTIVIDAD NACIONAL

Los pueblos indígenas (y los tribales) son grupos humanos diferenciados del resto de la población, que cuentan con una estructura social distinta de la prepon-

(26) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante la Corte Interamericana, en el caso del *Pueblo Saramaka v. Surinam* indicó «el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales, incluso el derecho a la posesión colectiva de la propiedad». *Vid.* en Corte Interamericana de Derechos Humanos H. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 78.

(27) Así, en los casos *Aloebotoe y otros c. Surinam, Reparaciones* (Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, o Comunidad Moiwana, *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124 (2005), además de la indicada en la nota anterior (*Pueblo Saramaka c. Surinam*).

(28) El artículo 11 de la Declaración establece: «Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas».

(29) Asimilación que era el propósito perseguido por el Convenio 107 de la OIT, según rezaba en su misma denominación.

derante en su entorno, poseen unos rasgos culturales propios (lengua, religión...) y sobreviven, desde la perspectiva no indígena, en unas situaciones económicas difíciles y complicadas. Ello se debe, en gran medida a que la fuente de su sustento son los productos que encuentran en sus hábitats naturales y desarrollan una economía de subsistencia. En la actualidad, su vulnerabilidad se multiplica, en unos casos, debido al cambio climático (30), en otros por la declaración de sus hábitats como área natural protegida (31), cuando no por la afectación de sus tierras como consecuencia de los daños colaterales producidos por otro tipo de actividades (32). Situaciones que provocan la alteración de los elementos básicos de sus dietas ancestrales o el desplazamiento de sus territorios para buscar su sustento (33).

(30) Pongamos como ejemplo a los esquimales que ven derretirse sin fin el hielo que cubre sus territorios. Así, el 7 de diciembre de 2005 se presentó en nombre de todos las regiones árticas de Estados Unidos y Canadá presentó una solicitud a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, frente a Estados Unidos de América, por entenderlo responsable principal del calentamiento global al no haber adoptado medidas de control de las emisiones de CO₂ (se calcula que alcanzan aproximadamente un 25% del total mundial). Véase en <http://www.inuitcircumpolar.com>. Sobre la visión indígena del medio ambiente, TORRECUADRADA, S., – «Cambio climático y pueblos indígenas», en *El Protocolo de Kyoto: Dificultades de su aplicación en el Derecho Internacional y Comunitario* [A. Remiro Brotóns y R.M. Fernández Egea (dirs.)] ed. BBVA, 2009, pp. 291-316; y, más recientemente, «Medio Ambiente y América Latina: Pueblos Indígenas», en F. Sindico, R. Fernández y S. Borràs (coords.), *Derecho Internacional del Medio ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Cameron May, Londres, 2011, pp. 522-547.

(31) Situación en la que se materializa la diferente percepción indígena y no indígena en relación con la conservación de la naturaleza, pues se impone a los habitantes del espacio así proclamado un régimen en cuya decisión no han participado y que afecta a su supervivencia. La falta de identidad entre las perspectivas indicadas ha conducido a situaciones como la petición de la Comunidad Garífuna de Cayos Cochinos y sus miembros contra Honduras ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Es la petición 1118-03 de la Comunidad Garífuna de Cayos Cochinos y sus Miembros contra Honduras que dio lugar al Informe núm. 39/07, de 24 de julio de 2007 de la Comisión Interamericana, que puede verse en <http://www.cidh.oas.org>). El origen de esta situación se encuentra en la Declaración del Presidente de la República de los Cayos Cochinos (hábitat natural de la Comunidad peticionaria) como «Área Natural Protegida» y la aplicación de programas medioambientales por parte de las organizaciones protectoras del medio ambiente a las que el Gobierno hondureño había encomendado esta tarea, ignorando a la población de la zona. Entre las medidas que componían los programas en cuestión se encontraba la prohibición del ejercicio de la pesca artesanal y la extracción de crustáceos, que era el medio tradicional de supervivencia de las Comunidades Garífunas de la zona. Lo anterior obtuvo como resultado el desplazamiento de los grupos afectados de los territorios que consideraban ancestrales en aras a procurar su propia supervivencia. En consecuencia, la diferencia cultural y la imposición de la visión más poderosa produjo la privación indirecta, pero privación al fin y al cabo, de los territorios ancestrales de aquellas comunidades.

(32) Pensemos en el Plan Colombia que suponía la fumigación aérea de las tierras en las que se cultivaba coca (cuya hoja se mastica en algunas culturas durante sus ceremonias religiosas). El glisofato utilizado envenena las tierras y las aguas (tanto las superficiales como las subterráneas) derivándose evidentes daños no solo para los cultivos distintos de las plantas con las que se pretende acabar, sino también por lo que supone de envenenamiento de las aguas y, las repercusiones que de ello deriva para la salud humana (Vid. en este sentido KACZEWER, J., «Toxicología del glifosato: riesgos para la salud humana», en http://www.ecoportal.net/Temas_Especiales/Salud/Toxicologia_del_Glifosato_Riesgos_para_la_salud_humana); o en la utilización de mercurio para la extracción de oro, con lo que se envenenan las tierras con un metal pesado que produce demostradas repercusiones negativas sobre la salud.

(33) Vid. el Informe de Survival «El progreso puede matar», en el que se aportan datos del mayor interés acerca del incremento de la afectación de la diabetes en los grupos indígenas que forzosamente han tenido que abandonar sus tierras, en http://assets.survivalinternational.org/static/files/campaigns/PCK_SPANISH_LONG.pdf

Por lo que se atañe a las condiciones sociales que les caracterizan, consideraríamos no solo su estructura social que puede estar edificada sobre un matriarcado (34) o, en su inmensísima mayoría, un patriarcado sino también y muy especialmente la situación en la que se contextualiza su subsistencia, que evidencian la vulneración de los derechos humanos universalmente reconocidos de los que son titulares, como el resto de las personas y que, como la salud, atentan claramente contra su derecho a la vida. Según Naciones Unidas, la esperanza de vida indígena es inferior en 20 años a los sectores sociales no-indígenas de las sociedades en las que habitan (35), debido a una espiral de pobreza y falta de medios socio-sanitarios, que es más que difícil abandonar. Ciertamente es que utilizamos parámetros de medición occidentales, lo que desde otras perspectivas puede no tener tanta relevancia, pero el dato que resulta indiscutible es el fruto de la comparación de la esperanza de vida entre los sectores indígenas y no indígenas en el seno de la misma sociedad.

De otra parte, no podemos negar que la proximidad de la civilización occidental está ampliando la brecha que separa en este punto a los sectores indígena y no indígena que habitan en una misma sociedad. Un ejemplo que nos sirve para ilustrar esta afirmación es la incidencia del VIH que se ha incrementado de forma considerable en los últimos tiempos entre las personas indígenas (se calcula que el 20% de los indígenas de la Amazonia estén infectados (36), ignorándose en ocasiones las tasas concretas de afectación (37), puesto que los datos son incompletos). En otros lugares, las tasas de infección por sida de los indígenas son superiores al resto de la población. Según Survival Internacional (2008), en Papúa Occidental «es 15 veces superior a la media nacional». También entre los bosquimanos, en 2002 más del «40% de las muertes que se produjeron entre los bosquimanos en el reasentamiento de New Xade se debieron al Sida» (38).

Los datos muestran que las políticas estatales de prevención (la información no llega o no se aplican sus indicaciones) y de curación (desconocen los síntomas de la enfermedad y los tratamientos que la sanidad pública les ofrece de forma gratuita) están fracasando (39). La constatación de las diferentes tasas de incidencia de determinadas enfermedades en distintos sectores de la población condujo a los representantes de las comunidades indígenas de algunos Estados americanos a proclamar la necesidad de incorporar a los pueblos indígenas a las políticas sanitarias estatales, muy especialmente las adoptadas frente al sida, en la XVII Conferencia

(34) Vid. MORGAN, L. H., *League of the Iroquois (A Classic Study of the American Indian Tribe w/Original Illustrations)*, Citadel Press, 1993.

(35) Vid. el informe elaborado por Myrna Cunningham y otros sobre la situación de los pueblos indígenas en el mundo en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_fact_sheets_ES.pdf. La referencia aludida en el texto se encuentra en la p. 7.

(36) Según Survival Internacional (2008), *vid.* en <http://www.survival.es/noticias/5490>

(37) Se desconoce el dato concreto, pero se estima elevado y en constante incremento, *vid.* el caso de Ecuador, en <http://ecuador.nutrinet.org/noticias/1/257-el-vih-sida-en-la-poblacion-indigena-ecuatoriana-puede-ser-muy-alto>

(38) *Vid.* en <http://www.survival.es/noticias/7298>

(39) *Vid.* el número de *Impacto Internacional* de invierno de 2008, dedicado a «El VIH en las Comunidades indígenas», http://hivaidsclearinghouse.unesco.org/search/resources/santiago_impacto_invierno2008.pdf

Internacional sobre VIH-sida(40).En este sentido, no podemos olvidarnos de la salud reproductiva de las mujeres indígenas debido a las altas tasas de mortalidad que provoca (multiplican las de las mujeres no indígenas)(41), lo que ha llevado al Foro Permanente de NU sobre cuestiones indígenas en sucesivos informes(42) a solicitar la incorporación de este aspecto en los Derechos Humanos.

Llegados a este punto, no está de más recordar (como se indicó antes) que las personas indígenas y las pertenecientes a grupos tribales son titulares de idénticos derechos que el resto de la población, en la medida en que los textos que definen los derechos humanos tienen como destinatarios a todas las personas sin ningún tipo de discriminación. Entre ellos, el derecho a la salud que la Constitución de la Organización Mundial de la Salud define en su Preámbulo como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades», que encuentra traducción en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales como la obligación del Estado de proporcionar el «más alto nivel posible de salud física y mental». El logro de esta meta evidencia la interconexión entre derechos de diferentes categorías, al ser el resultado de la confluencia de factores variados como «la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano», según el propio Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos económicos, sociales y culturales(43). Elementos que deberían garantizarse en tanto que imprescindibles para alcanzar el disfrute del derecho objeto de protección.

Este órgano se refiere de forma específica a los pueblos indígenas en relación a una de las características que ha de reunir el servicio público de salud estatal: la accesibilidad, entendida en una doble perspectiva: física y económica. Física, puesto que los dispensarios de salud deben encontrarse «al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas...»(44); económica, lo que aplicado a los sectores más pobres de la sociedad, habrá de traducirse necesariamente en su gratuidad.

Siendo titulares de estos derechos como el resto de las personas no indígenas, cuentan además con los que derivan de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas(45), entre los que se reitera el derecho a la salud (artículo 21). A éste se añade el derecho a «participar activamente en la ela-

(40) Vid. Noticia de la reunión en <http://www.aids2008.org>

(41) Vid. Informe de Amnistía Internacional de julio de 2009.

(42) En la tercera sesión del foro se adoptaron diferentes recomendaciones en este sentido, *vid.* en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/>

(43) Vid. al respecto la Observación General núm. 14 del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en la que se aporta una interpretación auténtica sobre el contenido de este derecho. Es doc. E/C.12/2000/4, de 11 de agosto de 2000, puede descargarse desde la siguiente página web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>.

La frase transcrita se encuentra en la p. 3, parág. 4.

(44) *Id.* nota anterior, p. 5, parág. 12.b. ii)

(45) Aprobada como Anexo a la Resolución A/RES/61/295de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya versión oficial puede verse en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>

boración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones» (artículo 23), así como el derecho a «sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital» (artículo 24). Lo que supone que el disfrute de la medicina occidental no es excluyente de la tradicional y viceversa.

Desde la perspectiva no indígena tendemos a despreciar sus remedios medicinales, pero no debemos hacerlo, especialmente si tenemos en cuenta los pingües beneficios que han proporcionado algunas de estas fórmulas a avispidos laboratorios farmacéuticos. Sírvanos como ejemplo, la afirmación que encontramos en el «Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas», según el cual los medicamentos registrados como *vincristiney vinblastine*, que se utilizan desde hace más de cuarenta años como tratamiento de algunas formas de cáncer, están basados en una planta que empleaban desde tiempo inmemorial los curanderos tradicionales de Madagascar. A pesar de los sustanciosos beneficios obtenidos a lo largo de todo este tiempo por las ventas de los citados productos, ni el gobierno de Madagascar ni los curanderos en cuestión han recibido ningún tipo de compensación por este concepto (46). Frente a esta situación también encontramos ejemplos que ilustran el registro por parte de las farmacéuticas de fórmulas medicinales indígenas para no producir el medicamento atendiendo a la escasez de beneficios que produciría su comercialización (47).

Por lo que se refiere a las condiciones económicas de vida, desde la perspectiva occidental y teniendo en cuenta nuestros parámetros, la mayor parte de la población indígena sobrevive por debajo del umbral de la pobreza, cuando no de la extrema pobreza. Así, según Naciones Unidas «Los índices de pobreza entre los indígenas son mucho más altos que entre el resto de la población en varios países de América Latina: Paraguay, 7,9 veces; Panamá, 5,9 veces; México, 3,3 veces; y Guatemala, 2,8 veces» (48). Del mismo modo, se aprecia una mayor incidencia, además de las enfermedades antes referidas, de malnutrición, de enfermedades o suicidios entre los grupos indígenas que han sido expulsados directa o indirectamente de sus tierras ancestrales que del resto.

(46) Es el informe citado en el texto en el párrafo 91, es Doc. (E/CNA/Sub.2/1994/31).

(47) Vid. en este sentido el artículo publicado en las páginas de sociedad del diario *El País*, el lunes 6 de septiembre de 1999, núm. 1221, titulado «Los indios descubrieron el antídoto», en el que el autor (V. TARDIEU) da cuenta de que un químico francés que trabajaba en el Instituto Boliviano de Biología de Altitud, patentó una planta cuya corteza en polvo utilizan los indios chimanos de Bolivia en forma de cataplasma para curar la leishmaniasis, una de las peores enfermedades parasitarias que se conocen, que afecta a unos trescientos cincuenta millones de personas en el mundo, según la citada información, y la transmite un mosquito, por lo que al citado químico se le ha acusado de confiscar un bien que pertenece a los indios bolivianos. Sin embargo, a pesar de la importancia del producto patentado, ninguna empresa farmacéutica ha querido comercializarla, dado que la inmensa mayoría de personas que desarrollan la enfermedad son pobres con unos salarios (en el caso de Bolivia) de alrededor 8.000 pesetas al mes, lo que significa que difícilmente van a pagar las 40.000 ptas. que puede costar el producto en cuestión.

(48) Es p. 13 del informe sobre la situación de los pueblos indígenas citado *supra* en nota núm. 34.

IV. SE RIGEN TOTAL O PARCIALMENTE POR SUS PROPIAS COSTUMBRES O TRADICIONES O POR UNA LEGISLACIÓN ESPECIAL

Una de las reivindicaciones más repetidas en el seno del Grupo de trabajo de Naciones Unidas que preparó la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas fue precisamente el mantenimiento de sus propias costumbres y tradiciones, pues esto supone el reconocimiento de la posibilidad de regirse por sus propias normas, al margen de la coincidencia o no con el ordenamiento interno del Estado en el que habitan. En la Declaración de Naciones Unidas esa reclamación tuvo diferentes materializaciones, en primer lugar, dentro del derecho a la libre determinación interna proclamada en los artículos tercero y cuarto (49) y, en segundo término, el establecimiento de un estatuto superpuesto (que no excluyente) al de nacionalidad, que implica el reconocimiento del derecho a mantener y desarrollar sus sistemas e instituciones «políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales», sin impedir su participación individual en las del Estado en el que reside el grupo de pertenencia (50). Sin embargo, a pesar de la amplitud del reconocimiento de esa materialización de libre determinación interna, el mismo texto incorpora un límite en este punto: la compatibilidad de esas costumbres y tradiciones con «las normas internacionales de derechos humanos» (51), ubicándose el único parámetro de validez de las costumbres o tradiciones indígenas en el ordenamiento internacional y no en el interno.

Un ejemplo en este punto nos lo proporciona la Constitución colombiana cuyo artículo 246 (52), prevé el ejercicio de funciones jurisdiccionales en los territorios indígenas por quienes, de conformidad con las normas del propio grupo, deban realizarlas. Esto significa que dentro del territorio indígena se aplicarán sus costumbres tradicionales (régimen sancionador incluido), aunque con un límite

(49) Cuya redacción es la siguiente: «Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural». Por su parte, el artículo 4 proclama: «Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas».

(50) El artículo 5 así lo proclama: «Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado». El artículo 20, por su parte, establece en su apartado primero: «Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo».

(51) El texto del artículo 34 es el siguiente: «Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos».

(52) Constitución Política de Colombia. Publicada en la *Gaceta Constitucional* núm. 116, del 20 de julio de 1991, cuyo artículo 246 reza: «Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional».

añadido al incorporado por la Declaración: su compatibilidad con la Constitución y las leyes estatales. De modo que la aplicación del derecho reconocido en la Declaración, depende de la superación de un doble test de compatibilidad, uno, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otro, por lo establecido en las normas internas. Lo que supondría la ubicación del derecho consuetudinario indígena en un tercer nivel (al tener un rango infralegal), dado que ante un supuesto de incompatibilidad con las leyes no podrá observarse. En cualquier caso, con independencia de que se establezca como parámetro de validez un ordenamiento u otro (internacional o interno), en ambos supuestos se trata de una perspectiva diferente por externa y ajena a la de la propia comunidad (53) impuesta, por extraña, a esta última.

Quizá una de las sentencias más llamativas en relación a la compatibilidad del derecho indígena con las normas relativas a los derechos humanos la encontramos precisamente en Colombia, sobre las tradiciones del pueblo U'wa. En la cosmogonía de este grupo humano figuraba el rechazo a los «nacimientos múltiples por considerar que éstos la contaminan, siendo la tradición que una vez se presente el parto, los niños sean dejados en el lugar de nacimiento para que «la madre naturaleza se encargue de ellos»» (54). En un hospital no indígena nacieron unos mellizos cuyos progenitores (pertenecientes al pueblo U'wa) actuaron como indica la tradición: abandonándolos en el lugar en el que habían nacido para que la naturaleza actuara. Afortunadamente, el nacimiento se produjo en un hospital que se hizo cargo de ellos hasta que fueron llevados a la institución encargada de la protección de la infancia, que no podía entregarlos en adopción ni buscarles un hogar de acogida ante la negativa de las autoridades tradicionales del grupo u'wa hasta que «tomaran una decisión definitiva y concluyera el proceso de ayuno y purificación que sus tradiciones ordenaban a los padres de los gemelos» (55). Lo anterior nos sirve para ilustrar la inexistencia de bienes o intereses individuales, puesto que la decisión en esta cuestión que pertenece al más estricto ámbito íntimo y familiar ha de adoptarla la comunidad.

Incluso, cuatro meses más tarde, cuando las autoridades colombianas declaran la situación de abandono de los mellizos, paso previo a la adopción, el asesor jurídico de la Comunidad u'wa impugna la decisión. Como consecuencia de esta acción, el tribunal ordena que los menores permanezcan bajo tutela de la institución, impidiendo su entrega en adopción hasta que pudieran volver a su comunidad de origen con su familia biológica. La situación tres años después del nacimiento se mantenía tal cual: con los niños en la misma institución a la espera de que la comunidad de origen estuviera preparada para garantizar su derecho a la vida a su regreso (56). Mientras ese momento llega, los menores crecen en ausencia de un entorno familiar y cultural.

Este es un supuesto en el que resulta excesivamente complicado conciliar los intereses en presencia: la identidad cultural indígena y los derechos del niño.

(53) Vid. BORRERO GARCÍA, C., *Multiculturalismo y derechos indígenas*, Centro de Investigación y Educación Popular, Bogotá, 2003, pp. 215 y ss.

(54) Vid. Sentencia de 25 de enero de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia (T-030/00), Antecedentes.

(55) *Id.* nota anterior.

(56) Sentencia de tutela de 30 de mayo de 2002 (T444/02).

Aparentemente, con la decisión de privarles de un entorno familiar se está infringiendo entre otros, el artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño que establece que cuando se deban adoptar medidas relativas a menores, las instituciones afectadas deberán atender de modo primordial «el interés superior del niño». Sin embargo, el retorno a su núcleo familiar y a la comunidad de origen, hace dudar de la adecuada protección del derecho a la vida de los menores, garantizado con carácter general en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto de Nueva York sobre derechos civiles y políticos y de forma específica en el artículo 6 de la Convención sobre los derechos del niño. En todo caso, el tribunal colombiano está aplicando el contenido del artículo 20 de este texto convencional, en la medida en que se les priva de su medio familiar que nunca han tenido ocasión de conocer debido a un interés superior, como es el de preservar su derecho a la vida. Sin embargo, cabe interpretar igualmente que la situación actual deriva de la primacía de la que se dota a la aplicación de las tradiciones del grupo al que étnicamente pertenecen, incumpliendo de este modo el texto convencional aludido sobre el medio familiar en el que deberían crecer los menores afectados.

La cuestión anterior nos conduce a otra: la dificultad de equilibrar los derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando entran en conflicto, puesto que por una parte nos encontramos con el derecho a la identidad cultural proclamado en el artículo 27 del Pacto de Derechos civiles y políticos, además de la formulación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; y, por otro, el resto de los derechos humanos reconocidos a todos con carácter general. No es este el único caso que evidencia el choque frontal entre las normas tradicionales indígenas y las nacionales o internacionales. En todo caso, es una muestra de la complejidad que supone intentar articular esferas de autonomía, especialmente en lo que se refiere a situaciones tan sensibles como la que nos ocupa.

El Comité de Derechos Humanos ha mostrado en unos casos, su insuficiencia para conocer del fondo de algunas de estas reclamaciones, especialmente por cuanto evidencian la diferente perspectiva (individual/colectiva), que caracteriza a los derechos desde una y otra visiones, y por afectar a los derechos humanos. Este órgano, en la decisión clásica del caso *Lovelace*, ya apuntó que solo prevalecerían las normas nacionales (que discriminaban a las mujeres indígenas respecto de los varones) cuando fuera la única manera de mantener la identidad del grupo indígena considerado (57). Es cierto que no ha tenido que pronunciarse sobre derechos más sensibles como el que ocupaba al tribunal colombiano en el caso de los U'wa (58), pero quizá aquella formulación resultara aplicable también en este punto.

(57) Vid. en *Sandra Lovelace c./Canada*, Communication No. 24/1977: Canada 30/07/81, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977

(58) Vid. respecto de la actividad del Comité de Derechos Humanos en relación a estos grupos humanos, el Informe preparado por MCKAY, F., titulado *Guía sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, publicado en 2001 que incorpora una síntesis de los asuntos conocidos por el Comité hasta entonces. Vid. en <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/10/unhrcfppbriefdec01sp.pdf>

V. EL TERRITORIO, ELEMENTO CENTRAL DE LA IDENTIDAD INDÍGENA

Hemos de observar el amplio alcance del concepto «cultura», tal y como ha puesto de relieve el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en distintas ocasiones, relacionando el derecho de autodeterminación del que son titulares estos grupos humanos, con los derechos culturales (59), afirmando que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege no solo los derechos lingüísticos, culturales y religiosos, como ocurre con el resto de las minorías, sino que además, cuando lo aplicamos a los pueblos indígenas incluye entre otros, tierras y recursos, derechos de subsistencia y de participación (60). En consecuencia, no es de extrañar que cuando el Comité se refiere al derecho a la cultura del que son titulares estos grupos humanos, lo dote de un ámbito conceptual amplio, considerando que «la cultura se manifiesta de muchas formas, incluso un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas» (61).

Si a esta formulación añadimos la práctica cultural indígena concluiremos que el núcleo de su identidad es el territorio, como avanzaba en su articulado el Convenio 169 de la OIT (62). La centralidad del elemento físico caracteriza a los grupos indígenas, pues la tierra desde su perspectiva posee una caracterización particular respecto de la que posee en la visión occidental, se trata de un bien que no es susceptible de apropiación personal, precisamente por su naturaleza colectiva (del mismo modo que las formulas medicinales o los diseños artísticos), de ahí que encontremos literatura que ubica en ellos los elementos originarios del socialismo indígena en América Latina (63).

(59) Vid. por ejemplo sobre el alcance amplio de la autodeterminación y su relación con los territorios indígenas y los recursos que se encuentran en ellos, las Observaciones Dinales del Comité de Derechos Humanos: Canadá, 7 de abril de 1988, párrafo 8. UN Doc. CCPR/C/79/Add. 105 (Observaciones/Comentarios finales) (1999), en las observaciones sobre México (UN Doc CCPR/C/79/Add. 109 (1999), párrafo 19, las relativas a Noruega (UN Doc. CCPR/C/79/Add. 102 /1999) párrafos 10 y 17 o en el párrafo 9 de las formuladas acerca de Australia (UN Doc. CCPR/CO/69/AUS), párrafo 9, por citar solo algunas.

(60) Así lo ha formulado entre otros en el caso *Bernard Ominayak, jefe de la Lubicon Lake band c. Canadá*, Informe del Comité de Derechos Humanos, 45 UN GAOR Supp. (núm. 43), UN Doc. A/45/40, vol. 2 (1990), 1; en el asunto *Kitok c. Suecia*, Informe del Comité de Derechos Humanos, 36 UN GAOR Supp (núm. 40), UN Doc. A/43/40; *Lovelace c. Canadá* (núm. 24/1977), Informe del Comité de Derechos Humanos, 36 UN GAOR Supp. (núm. 40) 166, UN Doc A/36/40/1981).

(61) Observación General núm. 23 (art. 27) adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 13.^a reunión (decimoquinta sesión), de 6 de abril de 1994, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994), 3.

(62) El Convenio 169 de la OIT reconocía esta especificidad al proclamar (art. 13.1) «la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación». Obsérvese que el Convenio 169 se adopta cuatro meses antes de la caída del Muro de Berlín, por tanto con el comienzo del fin de la guerra fría, momento en el que se visualiza una realidad diversa y multicultural, ubicándose las reivindicaciones indígenas entre las más urgentes.

(63) De la que es un claro exponente la obra de MARIÁTEGUI, J. C., Vid. en este sentido, entre otros, «La Unidad de la América Indo-Española», editada por primera vez en *Variedades*, Lima, 6 de diciembre de 1924, que puede leerse en una versión preparada para Internet en <http://www.pt.org.uy>; o, «El Problema de ser indio», en *Siete Ensayos de interpretación de la realidad peruana*,

Hemos de recordar que, si bien como se mencionó antes, el origen de la discriminación de la que son objeto se remonta a los procesos colonizadores o las invasiones de otros grupos (con el choque cultural consiguiente), su situación no mejoró con los movimientos independentistas o descolonizadores, pues los nuevos Estados defendían una idea fuerte de soberanía territorial y la preservación de las fronteras heredadas del colonizador por la aplicación del *uti possidetis*. Esto supuso, en primer lugar, la negación o la ignorancia de la realidad multicultural que proporcionaba la presencia indígena y, en segundo término, la aparición de pueblos indígenas fronterizos, habitando a un lado y otro de aquel límite ficticio que dividía su territorio originario (64).

Más recientemente, la consolidación de los derechos humanos individuales, en concreto la propiedad privada, generó un vacío legal en el que las demandas de propiedad colectiva de las tierras indígenas no tenían cabida por atentatorias a la seguridad nacional (ante la posible amenaza de la libre determinación). A pesar de las negativas recibidas por sus reivindicaciones a lo largo de más de cinco siglos, estos grupos humanos han mantenido su identidad cultural fundamentada en el especial valor espiritual y material con que cuenta el elemento territorial (65), en el que se encuentran los elementos esenciales de su cosmogonía, además de ser la

editada en La Habana en 1963, accesible, igualmente en Internet en: <http://www.patriagrande.net>. Además, del artículo publicado por F. LORUSSO FRISOLI, «Un replanteamiento de la cuestión del indio. Revisión crítica del pensamiento de José Carlos Marátegui y Guillermo Bonfil Batalla», en *Diálogo antropológico*, año 04, núm. 14, 2006, pp. 7 y ss., en el que pasa revista no solo a las obras de los autores indicados –cuya obra se remonta a los años veinte del siglo pasado– sino que lo hace a la luz de lo publicado mucho más recientemente. También con otro tipo de redacción menos académica y más panfletaria encontramos quienes fundamentan sobre la posesión colectiva de la tierra el socialismo indígena, ahora denominado «socialismo inka» (*vid.* en este sentido <http://www.willka.net>). Más recientemente, se ha relacionado el socialismo y los pueblos indígenas, en los titulares redactados como consecuencia de la victoria electoral de Evo Morales en Bolivia «El triunfo de Morales marca la era del socialismo indígena bolivariano», en Agencia de noticias PSI, en <http://lists.econ.utah.edu>. Raúl Seoane, por su parte, afirma de forma expresa que «la sociedad indígena tiene un sistema social y de gobierno muy similar o por lo menos cercano al socialismo y ésta es una de las razones por las que estos países toman la bandera del marxismo como la ideología más cercana a sus pensamientos ancestrales». *Vid.* SEOANE, R., «La guerra que no vemos. La rebelión de las étnias», en <http://www.uruguayinforme.com>. El Presidente Chávez defiende claramente esta línea, como lo demostró en su discurso ante la Asamblea Nacional, al jurar como Presidente el 10 de enero de 2007, afirmó que «todas nuestras comunidades originarias convivían en socialismo» *Vid.* el discurso del Presidente en la Agencia Bolivariana de Noticias, 21 de enero de 2007, en <http://www.abn.info.ve>

(64) En este punto, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas (art. 36) afirma el derecho a mantener contactos con los miembros del grupo del otro lado de la frontera: «1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras. 2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho».

(65) *Vid.* en este sentido la Reunión técnica sobre el Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, celebrada de conformidad con lo dispuesto en la resolución 46/128 de la AGNU en Ginebra entre los días 3-5 de agosto de 1992, algunos de cuyos participantes «señalaron la importancia de conservar las tierras comunitarias y explicaron la forma en que los derechos a las tierras ancestrales eran fundamentales para la seguridad y la dignidad de las poblaciones indígenas. Los gobiernos debían hacer todo lo posible para devolver las tierras ancestrales» (Doc. UN E/CN.47/1992/AC.4/TM2/3, parág. 29).

fuelle última de vida, sabiduría y religión. No olvidemos que las ceremonias tradicionales se caracterizan por su íntima unión a la tierra, lo que hace que el territorio desempeñe un papel cultural irremplazable.

Debido a la complejidad del elemento territorial para los pueblos indígenas y la variedad de problemas que se suscitan en estos momentos en relación con él, estructuraremos este epígrafe alrededor de dos de las principales reivindicaciones actuales de estos grupos humanos: la propiedad de los territorios ancestrales; los problemas derivados de la exploración y explotación de los recursos que se encuentran en ellos y un instrumento pacificador: la consulta previa e informada.

1. LA PROPIEDAD COLECTIVA

Los pueblos indígenas, en una muestra del fracaso de los intentos asimilacionistas de los que han sido objeto, continúan defendiendo la propiedad colectiva de las tierras y territorios, no solo por su falta de consideración económica, sino también porque proporcionan beneficios a la comunidad (66), cuyos miembros tienen capacidad para decidir (atendiendo a los mecanismos tradicionales del grupo para la expresión de la voluntad colectiva) acerca de ellos, lo que no sucedería si fuera la suma de propiedades individuales. Desde este punto de vista, el objetivo a cumplir en relación con el elemento territorial se reduce a preservarlo para transmitirlo a las generaciones venideras, en perfecto estado, pues garantiza la continuidad de la vida del propio grupo.

En la actualidad, distintos instrumentos jurídico-internacionales reconocen la propiedad colectiva de los territorios ancestrales indígenas y regulan las condiciones en las que pueden producirse los traslados y reubicaciones. El primero en hacerlo de forma ambigua fue el Convenio 107 de la OIT, adoptado en 1957 (artículo 11), al proclamar aquella propiedad como un derecho de ejercicio individual de los miembros del grupo, a diferencia de lo que ocurre treinta años más tarde, cuando el Convenio 169 añadía a ese reconocimiento (en su artículo 14.1) la necesaria adopción de medidas estatales para garantizar (reflejando la percepción indígena en cuanto a su alcance colectivo y no como suma de individualidades) la utilización de las tierras «que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y

(66) La importancia que tiene este elemento para los pueblos indígenas es conocida, poniéndose de relieve en el preámbulo de cuantos textos se dirigen a proteger los derechos de estos grupos humanos. Así el parágrafo quinto del Proyecto de Declaración Americana, referido al territorio y la supervivencia indígena, reconoce «que para muchas culturas indígenas sus formas tradicionales colectivas de control y uso de tierras, territorios, recursos, aguas y zonas costeras son condición necesaria para su supervivencia, organización social, desarrollo, bienestar individual y colectivo; y que dichas formas de control y dominio son variadas, idiosincráticas y no necesariamente coincidentes con los sistemas protegidos por las legislaciones comunes de los Estados en que ellos habitan». *Vid.* en este sentido por todos, el *Estudio del Problema de la discriminación contra poblaciones indígenas*, realizada por R. Martínez Cobo –*cit. supra*– en cuyos parágs. 196-197 del vol. V observa «la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras como algo básico en su existencia como tales... Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción. La relación integral de la vida espiritual de los pueblos indígenas con la Madre Tierra, con sus tierras, tiene muchas implicaciones profundas. Además, la tierra no es mercadería que pueda apropiarse, sino elemento material del que debe gozarse libremente».

de subsistencia». Frase esta última de la que se desprende una novedad añadida al concepto colectivo de propiedad: la protección no solo de las tierras dedicadas al trabajo y habitación, junto con aquellas otras a las que el grupo se sienta culturalmente vinculado, lo que se considera el territorio.

La especial relevancia del elemento territorial para las culturas indígenas ha sido reconocida y reiterada en la práctica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (67), así como el respeto que los Estados deben mostrar hacia esa especial relación «a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica» (68), mostrando el fundamento territorial de su subsistencia. La primera ocasión en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia acerca de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios es en el asunto *AwasTingni c. Nicaragua*. En cuya Sentencia, concreta el alcance del derecho a la propiedad indígena, tanto desde una perspectiva material como formal. Material, por incorporar la consideración avanzada por el Convenio 169 de la OIT, relativa al concepto más amplio del territorio (69), aunque sin proclamarlo expresamente, lo que haría cuatro años después en la Sentencia dictada en el asunto relativo a la Comunidad indígena *Yakye Axa c. Paraguay*, afirmando que aquella propiedad se extendía a los «territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran» (70). Dado que el territorio es un elemento constitutivo del Estado, no es de extrañar que los Estados intenten evitar por todos los medios posibles la utilización de este término, con el propósito de alejar así posibles pretensiones independentistas (71).

La Corte realiza una afirmación de considerable interés en la Sentencia indicada en último lugar, en relación con el aspecto que podemos denominar formal, para construir conceptualmente la propiedad indígena, al proclamar que el reconocimiento jurídico de un derecho como el «de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamen-

(67) Vid. por ejemplo el párrafo 128 del Informe núm. 75/02 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, de 27 de diciembre de 2002.

(68) El texto transcrito es del párrafo 91 de la Sentencia de 28 de noviembre de 2007 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del *Pueblo Saramaka c. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, en Serie C núm. 172. La idea sustantiva mostrada se encontraba ya en una sentencia anterior, la formulada el 31 de agosto de 2001, en el asunto de la *Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni c. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, en Serie C, núm. 79, párrafo 149.

(69) Es el párrafo 153.2 de la Sentencia de 31 de agosto de 2001, en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni c. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Serie C, núm. 79.

(70) Se trata del párrafo 135 de la Sentencia de 17 de junio de 2005, en el asunto citado en el texto, sobre el fondo, reparaciones y costas. Serie C, núm. 125.

(71) Así, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, con el propósito de evitar reivindicaciones independentistas, incorpora cláusulas de salvaguardia. Las primeras en los artículos 3 y 4, donde primero implícitamente y después en forma explícita formulan el alcance reducido de la libre determinación de la que son titulares estos grupos a la vertiente exclusivamente interna y, posteriormente, por si no fuera suficiente cautela, el artículo 46, reproduce las incorporadas en otras resoluciones de la AGNU, como la 1541 (XV), afirmando que «Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes».

te la propiedad» (72). Por este motivo, debe subrayarse la consideración que realiza en la Sentencia contra Nicaragua, según la cual, todos los Estados que reconozcan constitucionalmente los derechos indígenas sobre sus tierras (y el artículo 5 de la Constitución nicaragüense lo hacía) y no establezcan mecanismos eficaces y reales de delimitación están vulnerando, con esta omisión, la Convención Americana de Derechos Humanos (73).

El corolario de lo anterior resulta ser inevitablemente la propiedad de los Awastingni, sobre sus territorios (porque constitucionalmente así se proclama). En consecuencia, la ausencia de mecanismos efectivos, adecuados al derecho indígena, para proceder a la delimitación, la demarcación y la titulación de las tierras indígenas produce una doble vulneración: una, de derecho interno estatal (en concreto el precepto constitucional antes referido que debe resolverse de acuerdo con los mecanismos internos establecidos al efecto); otra, de Derecho Internacional, materializada en la inobservancia del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos del Hombre, que establece precisamente el derecho a la propiedad privada de todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados Partes sin discriminaciones (74). Este precepto (artículo 21 de la Convención Americana), según la interpretación realizada por la Corte, garantiza el derecho a la propiedad en todas sus materializaciones, tanto individual (tradicional) como colectiva, alcanzando en este último sentido a la propiedad indígena que, por sus características, puede considerarse *sui generis*.

El siguiente problema a plantear en este punto es el relativo a la prueba ¿cómo demostrar que ese es el territorio ancestral del grupo, en ausencia de títulos de propiedad? La Corte, en esta misma Sentencia contra Nicaragua, establece la suficiencia de la posesión efectiva de las tierras reivindicadas por estos grupos de acuerdo con las costumbres establecidas, en ausencia de títulos reales de propiedad para que «obtenzan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro» (75). Se garantiza, con esta amplia formulación, la titulación e inscripción registral de aquellos espacios sobre los que se carece de un documento público que certifique la propiedad, debiéndose probar exclusivamente para ello la permanencia pacífica del grupo en él, sin que la legislación no indígena tenga incidencia alguna en esta consideración.

(72) Es el párrafo 143 de la Sentencia en el caso *Yakye Axa*, citada en la nota anterior.

(73) En concreto se refiere a la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni*. El artículo 5 de la Constitución reconoce el derecho de los pueblos indígenas a «mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley». La Corte entiende que de este precepto se desprende el reconocimiento de la propiedad colectiva de las tierras indígenas y la existencia de títulos de propiedad en beneficio de los awastingni, al establecer que «la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro».

(74) No olvidemos el contenido de los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana que establecen el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio sin ninguna discriminación «de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»; así como la obligación estatal de incorporar en sus respectivos ordenamientos, las medidas legislativas que sean necesarias para ello.

(75) *Vid.* párrafos 149-151 de la Sentencia contra Nicaragua, citada *supra* en la nota núm. 69.

Poco después, en el asunto de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, la Corte desarrolló la jurisprudencia iniciada con el caso AwasTingni, acerca del elemento probatorio, al afirmar que:

«1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad» (76).

De este modo, se sustituye la posesión de la tierra o la permanencia en ella por la vinculación cultural o ancestral con el elemento territorial para reclamar su recuperación. Esta precisión es importantísima cuando, como los supuestos por los que era demandado Paraguay ante la Corte, tenían su origen precisamente en la pérdida involuntaria de la posesión de aquellos territorios cuya propiedad reivindicaban un siglo más tarde de su adquisición por particulares.

En ocasiones la reivindicación actual de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales se remonta a privaciones lejanas en el tiempo, lo que suele dificultar su solución, especialmente si se han producido transmisiones a terceros de buena fe. En este último supuesto, habría que buscar un arreglo que ponderara los intereses en presencia y protegiera suficientemente a las partes afectadas valorando siempre, según la Corte, adecuadamente la legalidad, la necesidad, la proporcionalidad, la protección de la parte más débil y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática a la hora de determinar el derecho que prevalece: la propiedad privada de unos o el derecho a las tierras tradicionales de otros (77).

En los casos que mencioné antes (Yakye Axa y Sawhoyamaxa) contra Paraguay, la pérdida de sus territorios ancestrales se produce a finales del siglo XIX, cuando el Estado las vende en la bolsa de Londres sin que se enteraran sus habitantes, que sólo en 1993 se decidieron a iniciar los trámites para reivindicar el que había sido su hábitat tradicional. Para recuperar sus tierras debían superar un impedimento establecido por el derecho interno paraguayo, que solo permite la expropiación de aquellos espacios que no sean explotados racionalmente por los propietarios particulares actuales. Si los territorios reivindicados no cumplen este requisito, los titulares pueden negarse a vender, demostrando la explotación racional, lo que impide que prospere la reclamación (78). La Corte, con el propósito de evitar la consolidación definitiva del daño producido, estableció la obligación de los Estados de establecer procedimientos accesibles y simples, susceptibles poten-

(76) Es el párrafo 128 de la Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, Serie C núm. 146.

(77) Es el párrafo 138 de la Sentencia en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, citada en la nota anterior.

(78) *Vid.* en el párrafo 146 de la Sentencia de 2010 la Sentencia de 24 de agosto de 2010, en el asunto *XákmokKásek c. Paraguay*, en Serie C, núm. 214.

cialmente de resolver esas reclamaciones, con el propósito de que «estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras» (79) que, de no concluir con la recuperación de sus territorios ancestrales, crea la obligación estatal de aportarles otras dentro de aquellos (80).

Advertimos pues que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha avanzado mucho en la construcción de los derechos de los pueblos indígenas especialmente sobre sus tierras, mediante una interpretación progresista de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este Tribunal ha aclarado la existencia de una dualidad de modelos de propiedad de las tierras, además de subrayar que la ausencia de escrituras no impide su registro y titulación, aportando soluciones equilibradas para los supuestos de transferencia del territorio a terceros.

El instrumento jurídico más recientemente adoptado, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas (81) merece un comentario más detenido, pues reconoce su derecho «a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado...» (art. 25), por tanto, un derecho a «las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido», redacción de la que se desprende la relación indígena con los territorios, máxime cuando en el apartado segundo del mismo precepto se afirma el derecho a «poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización».

Precisamente, la amplitud del régimen atribuido a las tierras indígenas motivó el rechazo de algunos Estados a la adopción de la Declaración. Fue el caso de Nueva Zelanda, cuyo representante consideró (en su explicación de voto) que, si los maoríes podían reivindicar los territorios que tradicional y ancestralmente han poseído u ocupado alcanza a la totalidad del territorio nacional neozelandés (82). De hecho, la Declaración, no se adoptó por unanimidad, sino por votación que cosechó un resultado de 143 votos a favor, 11 abstenciones y 4 votos en contra (83).

(79) Es el párrafo 102 de la Sentencia en el caso *Yakye Axa c. Paraguay* y párrafo 138 de la Sentencia en el caso *Sawhoyamaxa c. Paraguay*, ambas citadas *supra*, la primera en la nota núm. 70 y la segunda en la núm. 76.

(80) Los términos en los que se pronuncia la Corte Interamericana en este punto (en la Sentencia *XákmokKásek*) son los siguientes: «285. El Estado cuenta con un plazo de tres años a partir de la notificación de la presente Sentencia para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad, para lo cual deberá resolver sobre la procedencia de la expropiación y, de ser el caso, llevarla a cabo. El Estado deberá realizar dentro de ese término las diligencias necesarias para tal fin. Asimismo, dentro de ese plazo, el Estado podrá impulsar, de ser el caso, las medidas de negociación para la compra de las tierras correspondientes. 286. Si por motivos objetivos y fundamentados –entre los cuales, se reitera, no podrán argüirse exclusivamente el hecho que las tierras estén en manos privadas o estén racionalmente explotadas– las autoridades paraguayas resuelven dar prioridad al derecho a la propiedad de los particulares por sobre el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad, deberá entregar a éstos tierras alternativas, dentro del territorio tradicional de sus ancestros».

(81) *Vid. supra* nota núm. 7.

(82) *Vid.* explicación de voto del representante de Nueva Zelanda en A/61/PV.107.

(83) Las abstenciones de Azerbaijan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Federación Rusa, Samoa y Ucrania y los votos en contra de Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda.

Oposiciones importantes, no tanto por la cantidad sino por la calidad, dado que quienes las formularon cuentan con importantes niveles de población indígena (84).

Debido a su especial relación con sus territorios no puede extrañarnos que se prohíba la expulsión de sus tierras ancestrales y la reubicación de estos grupos humanos. Así, la proscripción que incorpora el Convenio 169 de la OIT resulta más flexible de lo que pareciera tras una primera lectura de su artículo 16. Ello es así por cuanto si bien el primero de los apartados contiene una afirmación taxativa en este sentido, la salvedad incorporada a renglón seguido es amplia, al contemplarse la posibilidad cuando el Estado lo considere preciso, sin identificar los motivos que puedan provocar esa necesidad, lo que transforma la prohibición inicial en una facultad estatal. Es cierto que añade algunos requisitos, pero también que son fácilmente superables, ya que si bien inicialmente se ha de contar con el consentimiento libre y responsable del pueblo afectado, no es una dificultad insalvable, al prever la materialización de la reubicación en ausencia de aquel si es fruto de la aplicación de los procedimientos legalmente establecidos en el ordenamiento interno estatal. Con lo cual, podemos concluir que el desplazamiento y la consiguiente reubicación es posible si siempre que sea consecuencia de la aplicación de la ley.

De producirse el traslado (consentido o no) genera el derecho a retornar a las tierras originarias cuando cesen las circunstancias que lo motivaron y, de no ser viable su ejercicio, el Estado deberá proporcionar al grupo afectado tierras de calidad y estatuto jurídico semejante a las ahora abandonadas (semejanza que se valora con la perspectiva occidental, pues en la visión indígena esos territorios son irremplazables), a lo que habrá de sumarse la indemnización correspondiente, no al desplazamiento en sí, sino tan solo a los daños que de él pudieran derivar. Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es mucho más restrictiva en este punto al contemplar exclusivamente la eventualidad de traslado si, con carácter previo, se presta el consentimiento del pueblo afectado y se acuerdan las condiciones en las que se producirá el desplazamiento (artículo 10), generándose de igual modo que en el Convenio 169, el derecho al retorno.

(84) Particularmente relevantes fueron las oposiciones, aunque algunos de ellos, Estados Unidos y Canadá, en un momento posterior a la adopción del texto apoyaron la Declaración (el 16 de diciembre de 2010 el Centro de noticias de Naciones Unidas informaba que el Presidente de Estados Unidos, Barak Obama así lo había comunicado, vid en: <http://www.update.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=19920&criteria1=EEUU&criteria2=indigenas>.), Canadá (cuyo Gobierno formalmente aprobó (el viernes 12 de noviembre de 2010) la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Vid. en <http://www.survival.es/noticias/6694>). Importantes fueron también las oposiciones de Nueva Zelanda y Australia, ambos se caracterizan por una legislación y jurisprudencia avanzadas y progresistas en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. El motivo de sus rechazos se encuentra en idénticos aspectos, algunos de los cuales son de especial interés para los pueblos indígenas. Se trata del reconocimiento tanto de la libre determinación y su contradicción con la integridad territorial como de los derechos particulares sobre sus territorios, mucho más amplios que los que se reconocen a otros propietarios no indígenas de los suyos (en concreto a los recursos que se encuentran en las tierras indígenas); el excesivo alcance del que se dota al consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas; el desconocimiento de los derechos de terceros derivado de la amplitud de derechos que se conceden a los pueblos indígenas; íntimamente relacionado con el anterior, la primacía del derecho consuetudinario sobre el derecho nacional; y, por último, el desequilibrio (o la asimetría) entre las obligaciones y los derechos de los pueblos indígenas.

2. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS

En la actualidad la posesión de los territorios ancestrales, aún los demarcados y registrados, dista de ser pacífica al verse amenazada por grandes proyectos, ya sea debido a la extracción de minerales u otras riquezas, por la construcción de megapresas en sus territorios en aras al interés general del que los grupos afectados no van a beneficiarse, o por las carreteras u otras construcciones interesantes para los sectores no indígenas de la población, que obstaculizan el ejercicio de los derechos de los que son titulares. En este sentido, resulta ilustrativa la reunión de los guaraníes en Brasil (85), Paraguay, Bolivia o Argentina, convocada con el propósito de solicitar a sus gobiernos menos megaproyectos (o megarepresas) con los que se destruyen sus ecosistemas y se esfuerzan en demarcar las tierras indígenas (86).

Es evidente que, atendiendo a sus características y prácticas culturales, la propiedad de los territorios indígenas ha de ir unida a la de los recursos que se encuentran en aquellos. No se puede disfrutar de la primera si el Estado mantiene la propiedad sobre los últimos y otorga concesiones de explotación que pueden perjudicar la pacífica tenencia de las tierras. Recordemos el ejemplo protagonizado por los AwaTingni que, difícilmente podrían disfrutar de su territorio tras la concesión de explotación maderera concedida por 30 años por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales a la empresa SOLCARSA en una zona de aproximadamente 62.000 hectáreas, sobre territorios coincidentes total o parcialmente con los de esta comunidad (87). Un caso similar al anterior, pero más próximo en el tiempo es el acuerdo hecho público en el mes de octubre de 2010 valorado en 12.000 millones de dólares para producir biocombustibles de caña de azúcar con el gigante brasileño de los biocombustibles, Cosan y la multinacional Shell, parte de esa caña de azúcar de Cosan se cultiva en tierras que pertenecen legalmente a los indígenas guaraníes (88).

Para evitar que el mantenimiento de la propiedad estatal sobre los recursos que se encontraran en sus territorios impidiera o dificultara el desarrollo de las manifestaciones de su identidad cultural, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas reconoció a estos grupos la titularidad de los derechos colectivos sobre los recursos que se encontraban en ellos. Esta afirmación, que garantiza la pacífica posesión del espacio indígena, suscita distintos tipos de problemas: en primer lugar, por cuanto contradice aquellas Constituciones estatales que proclaman la propiedad privada exclusivamente en superficie, de acuerdo con el cual, corresponden al Estado los recursos del subsuelo, a diferencia de las de corte anglosajón, en las que la propiedad del suelo sí los alcanzaría.

Esta contradicción entre las posibles normas constitucionales y las previsiones de la Declaración, quedan aliviadas en el único texto positivo del que disponemos

(85) Vid. en <http://www.update.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=19920&criteria1=EEUU&criteria2=indigenas>

(86) El texto de la Declaración en la que se materializó el encuentro puede verse en: <http://argentina.indymedia.org/news/2011/05/780534.php>

(87) Vid. la Sentencia contra Nicaragua citada *supra* en nota número 69.

(88) <http://opsur.wordpress.com/2010/10/01/shell-envuelta-en-disputa-por-la-apropiacion-de-tierra-indigena-en-brasil/>

hasta el momento en la materia, el Convenio 169 de la OIT que contempla dos posibles escenarios: uno, la regla general, que sería la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos existentes en sus territorios, en cuyo caso, los Estados partes deberán garantizar la eficacia de este reconocimiento (artículo 15.1); y, dos, la excepción a lo anterior, cuando la propiedad de aquellos recursos es estatal, supuesto en el que el Estado está obligado (según lo previsto por el artículo 16.2) a «establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras», frase de la que se desprende el deber de comportamiento del Estado pero omitiendo los efectos que derivarán de la consulta que están obligados a convocar.

El segundo tipo de problemas antes anunciados, se encontraría en que la aplicación de lo establecido en la Declaración produce una discriminación por razones étnicas o culturales (pues el alcance de la propiedad sobre la tierra no afecta de igual modo a los recursos en el caso del resto de los propietarios no indígenas), que si bien con carácter general se encuentra proscrita en los textos rectores de los Derechos Humanos, podría argumentarse en este punto como una discriminación positiva de los grupos más vulnerables. Sin embargo, obsérvese de nuevo que con carácter general, exclusivamente están obligados a realizar consultas en este punto los Estados partes en el Convenio 169 (89) y, por otra parte, este beneficio no alcanzaría a los grupos vulnerables no indígenas.

En todo caso, los ejemplos a los que me he referido en este punto en párrafos anteriores (los relativos a Solcarsa y Shell) están protagonizados por tres Estados partes en el Convenio 169 de la OIT, dos de los cuales (Nicaragua y Brasil) votaron favorablemente a la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, mientras el tercero se abstuvo (Colombia), fundamentando su posición, no en cuestiones relacionadas con la propiedad de la tierra o de los recursos que pudieran encontrarse en ellas, sino en la situación del país, en el que resulta (desde la perspectiva gubernamental) imprescindible control efectivo de todo el territorio colombiano por parte del ejército (90), también en los espacios indígenas para su protección. Lo que debería entenderse como voluntad de respeto al contenido de la Declaración que expresamente apoyaron y, en el caso de los dos primeros, además como una obligación convencional derivada de su estatuto de partes en aquel Tratado.

Estos macroproyectos ejemplifican el debate existente entre la prevalencia del bien general (de los sectores sociales no indígenas, pues los intereses de las comunidades indígenas son sistemáticamente sacrificados en aras a esa generalidad de cuyos beneficios se encuentran habitualmente excluidos) y el respeto a los derechos de los más desfavorecidos, a quienes se priva de su hábitat ancestral y de sus modos de vida tradicionales, con las graves consecuencias que para grupos de estas características derivan de esa desposesión. Por ello, las protestas indígenas contra la construcción de estos proyectos son cada vez más frecuentes. Para muestra el

(89) Digo con carácter general, pues como más adelante se advertirá, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha construido sobre las bases que le proporcionan sus textos normativos la obligación regionalmente aplicable.

(90) *Vid.* explicación de voto del representante de Colombia en A/61/PV.107.

botón que nos ofrecen las producidas contra la construcción de la hidroeléctrica de Belo Monte (91), cuya suspensión solicitaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), aunque fue finalmente autorizada por la Presidenta Brasileña a comienzos del verano de 2011.

A pesar de que la razón les ampare, la batalla resulta difícil de ganar, por cuanto se enfrentan al interés general (no indígena) alentado y engrandecido por los medios de comunicación. La conclusión es que la imagen que se propaga en estas protestas es de grupos egoístas que pretenden evitar el progreso de los demás, cuando no su criminalización (92).

3. UN INSTRUMENTO PACIFICADOR: LA CONSULTA PREVIA E INFORMADA

Algunos de estos problemas no se plantearían si el grupo humano afectado por los proyectos que se pretenden emprender en su territorio hubiera consentido o, cuando menos, se le hubiera consultado. El Convenio 169 de la OIT incorpora el mecanismo de consultas (artículo 6.1) cuando se vayan a adoptar medidas «susceptibles de afectarles directamente», aunque no si la incidencia de las decisiones es indirecta. Por lo demás, este texto normativo concibe las consultas como el instrumento aplicable para alcanzar «un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas» (artículo 6.2), en una suerte de indefinición, pues parece olvidar que en ambos casos se precisa el consentimiento ¿o es que el acuerdo no implica la manifestación de voluntad de las partes?

La Declaración de Naciones Unidas (artículo 19) en este punto aporta novedades de considerable relevancia: en primer lugar aunque mantiene el valor instrumental de la consulta con el fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado para la adopción y aplicación de cualquier tipo de medidas que puedan afectar a estos grupos, sin distinguir entre afectación directa o indirecta, por lo que en ambos casos se requerirá el consentimiento expresado mediante consulta; en segundo término, se precisa de la expresión del consentimiento, desapareciendo el acuerdo mencionado por el Convenio de la OIT; por último, la consulta deberá producirse de conformidad con el derecho indígena, que será el único que pueda determinar a los participantes y la modalidad de expresión de la voluntad dentro del propio grupo. Lo anterior no supone la organización de un referéndum en cada grupo indígena, sino de canalizar la expresión de voluntad a través de las instituciones que les representan, de conformidad con las normas del grupo, cuya identificación habrán de comunicar a las autoridades estatales para que tengan conocimiento de sus interlocutores (93). Aunque la Declaración en este punto no se aparta en exceso de la redacción del Convenio de la OIT, que también se refiere a las ins-

(91) <http://www.servindi.org/actualidad/35043>

(92) *Vid.* en este sentido, http://www.el-nacional.com/sociedad/Expertos-ULA-rechazan-criminalizacion-protesta_0_126589162.html

(93) *Vid.* en el Informe del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, R. Stavenhagen, de 15 de noviembre de 2007, sobre promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo (Doc. A/HRC/6/15, párrafos 22-26).

tuciones representativas del pueblo considerado, aclara el contenido y evita posibles interpretaciones desviadas de su espíritu.

En relación a la propiedad sobre los recursos que se encuentren en los territorios indígenas, el Convenio 169 de la OIT prevé la consulta con los pueblos indígenas afectados antes de emprender programas de exploración o explotación de estos recursos (94); frente al consentimiento exigido (como regla general) para proceder al traslado y reubicación de estos grupos humanos. La formulación de la Declaración de Naciones Unidas, resulta mucho más tajante en la afirmación de los efectos del consentimiento, lo que resultaba previsible atendiendo a la composición del grupo de trabajo que realizó las labores principales de su redacción, que contaba con participación indígena y a la evolución de la cuestión indígena en los dieciocho años transcurridos entre la adopción de un texto (el Convenio 169 de la OIT en 1989 y la Declaración en 2007); y, por último, no se trataba de la negociación de un tratado internacional sino de una declaración-resolución cuyo contenido, con el tiempo, podría consolidarse en norma (95).

La primera ocasión en la que la Declaración de NU se refiere desde una perspectiva material al consentimiento indígena, es en relación con sus traslados y lo hace manteniendo la primera parte de la afirmación de los Convenios de la OIT antes referidos, prescindiendo de las excepciones. Es decir, exclusivamente podrá reubicarse a un pueblo indígena si se cuenta con su consentimiento (artículo 10), obviando circunstancias que permitirían a los Estados prescindir de él. También se precisa del consentimiento previo e informado del grupo indígena para decidir el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios, aunque ésta es una obligación de comportamiento estatal que ha de establecer los mecanismos oportunos para su efectividad (artículo 29.2) y no de resultado. Además de ello, la Declaración se refiere al consentimiento o la consulta en relación a la aprobación de proyectos que afecten a sus tierras o los recursos que se encuentren en ellas (artículo 32.2).

Por su parte, la Corte Interamericana, en el asunto Saramaka, indicó a Surinam, en un intento de clarificar los aspectos en los que existe la obligación de consulta para los Estados que participan en este sistema, que debía hacerlo en relación al menos acerca de los siguientes seis asuntos:

- (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente

(94) Que, debido a la naturaleza convencional del texto que incorpora esta previsión, resulta jurídicamente exigible a los Estados partes, entre los que se encuentran los que mencionamos en párrafos anteriores: Brasil, Chile, Colombia, Honduras o Nicaragua, hasta completar una relación de 22.

(95) *Vid. supra* en nota núm. 22.

consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka» (96).

La Comisión Interamericana, por su parte, ha identificado otros ámbitos materiales en los que procede la consulta, así cuando se pretenden adoptar medidas sobre los procesos de acceso y disfrute del territorio ancestral, o para el establecimiento de los límites del territorio indígena (97). Las instituciones interamericanas no han sido las únicas en ocuparse de la consulta y del consentimiento, los órganos de las Naciones Unidas también han recurrido a él en asuntos relacionados con los pueblos indígenas. Es el caso del Comité de Derechos Humanos o del Comité para la eliminación de la discriminación racial. El primero requería la consulta previa e informada en relación al disfrute del uso de la tierra y de sus recursos y, el segundo, pidiendo la devolución de los territorios indígenas de los que se les hubiera privado en ausencia de consentimiento del grupo humano afectado (98).

Un aspecto interesante precisado por la Corte Interamericana en su jurisprudencia es que el resultado de las consultas no posee en todos los casos en los que se precisa el mismo valor, en unas ocasiones, podrán tener un efecto estrictamente consultivo y en otras vinculante (cuando se requiere consentimiento). Que nos encontremos ante uno u otro dependerá del objeto sobre el que verse aquel procedimiento. En la Sentencia contra Surinam antes mencionada, la Corte afirmó que se precisa el consentimiento cuando se pretenden ejecutar proyectos con un gran impacto en el territorio indígena considerado (99). Debe ponderarse en este punto el efecto de la consulta en función del grado de afectación derivado de las actividades a ejecutar en el territorio indígena, pues parece claro que de la materialización de los proyectos a gran escala en los hábitats indígenas potencialmente derivan «cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos de anticipar» (100). La necesidad de consentir en estos escenarios es una consecuencia lógica del equilibrio necesario entre el derecho a la identidad cultural y las decisiones estatales que potencialmente puedan afectarla. En este contexto, la prestación del consentimiento del pueblo interesado el único modo de alcanzar el pretendido equilibrio.

(96) Es el párrafo 16 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de agosto de 2008, en el caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*. Fondo, reparaciones y costas, serie C núm. 185.

(97) *Vid.* en relación al primer aspecto, el Informe de la Comisión sobre el acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, de 28 de junio de 2007, DOc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 38, en el párrafo 240 y, acerca del segundo, el Informe núm.º 40/04, en el *Caso 12.053, Comunidades indígenas mayas de Toledo (Brasil)*, de 12 de octubre de 2004, párrafo 132.

(98) *Vid.* Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 23: Los derechos de las minorías (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), 8 de abril de 1994, es Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, párrafo 7. Comité para la eliminación de la discriminación racial, Recomendación general núm. 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51.º período de sesiones, NU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997) párrafo 5.

(99) *Vid.* en la Sentencia en el asunto *Saramaka contra Surinam*, citada *supra* en nota núm. 64.

(100) *Id.* nota anterior, párrafo 135.

VI. CONCLUSIONES

Los pueblos indígenas ejemplifican la existencia de elementos culturales comunes a grupos alejados geográficamente y, durante mucho tiempo, sin comunicación entre sí. El conjunto de esos rasgos determinantes de su identidad, se han mantenido a pesar del transcurso del tiempo, evolucionando en algunos casos, pero conservando los valores sobre los que se han edificado los aspectos que definen la realidad indígena, aplicables a todos estos grupos humanos con independencia del continente en el que habiten.

La existencia de culturas indígenas en la actualidad y nuestra aproximación a ellas nos revela la importancia de los elementos culturales en los que podemos considerar principios básicos de convivencia, no siempre conformes cuando no contrarias a la interpretación actual de los Derechos Humanos. Esta falta de perfecto acomodo suscita cuestiones relativas a la necesidad de equilibrar el derecho a la identidad cultural con los restantes, como se ha advertido en el supuesto antes referido sobre el pueblo U'wa. Disparidad que se refleja igualmente en lo que a intereses se refiere, el equilibrio entre el interés general y los particulares de estos grupos más vulnerables, especialmente relacionados con sus tierras, suele saldarse en detrimento de estos últimos.

Los que se consideran elementos característicos de la identidad indígena han ido encontrando definición y garantía de su respeto en los distintos textos internacionales (normativos o no) que se han producido especialmente en los últimos treinta años, olvidados ya los propósitos asimilacionistas que orientaron las políticas estatales en relación a estos grupos humanos. Con el objeto de compatibilizar en lo posible la práctica habitual de la identidad indígena, se articuló el concepto de libre determinación interna, como definidora del estatuto indígena, como contexto explicativo necesario que permitiera la aplicación de los derechos diferenciados de los que son titulares.

En este sentido y, derivado precisamente de esa libre determinación interna, se perfila para los pueblos indígenas un estatuto jurídico *sui generis*, puesto que gozan de competencias cuasisoberanas en el interior del territorio, prescindiendo de la vertiente externa, característica de los sujetos primarios de Derecho Internacional. En todo caso, no podemos olvidar que además de *sui generis* este estatuto jurídico resulta heterogéneo, como consecuencia de la diversidad característica de los pueblos indígenas, que compartiendo los elementos definidores de su identidad, pueden dotar a cada uno de ellos de visiones que, partiendo de la cosmogonía, resulten a su vez diferenciadas. En este sentido, no es comparable en lo que a su alcance se refiere, la situación en la que se encuentran, los seminolas estadounidenses, inuit canadienses o groenlandeses con los indígenas del Chaco paraguay o los pueblos «en aislamiento voluntario», por citar solo algunos ejemplos extremos.

El problema al que hemos de enfrentarnos con independencia del mayor o menor alcance del reconocimiento de la identidad indígena es la inexistencia de mecanismos específicos de control de cumplimiento, de los derechos que conforman su estatuto jurídico. Dado que la Declaración, debido al instrumento en el que se incorpora (Resolución de la Asamblea General) carece de naturaleza normativa y, en consecuencia, de estas previsiones de control. Por su parte, los Convenios de la OIT, a pesar de su naturaleza convencional, reposan el cumplimiento en los

mecanismos generales de la Organización, motivo por el cual no ha de extrañarnos que la Corte Interamericana sea el único órgano jurisdiccional que está perfilando los derechos de estos grupos humanos.

En otro orden de consideraciones, la especial relación de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, elemento cultural por excelencia, implica que su privación puede llegar a vulnerar el derecho a la vida de los miembros del grupo en cuestión. Ello es debido a que no solo sus manifestaciones culturales están íntimamente unidas al territorio heredado de sus antepasados, sino también porque su subsistencia depende de los recursos animales y vegetales que se encuentran en la zona en cuestión. Así se contempla tanto en la jurisprudencia interna como internacional. Para ejemplificar la jurisprudencia interna contamos con la Sentencia de la Corte Suprema colombiana (101) en la que el Alto Tribunal declara que la ejecución del proyecto autorizado por el Estado sobre las tierras indígenas vulneraba el derecho a la vida del pueblo considerado, debido a los efectos de la construcción sobre su forma de vida, inundado parte de los que fueron sus territorios ancestrales. En cuanto a las apreciaciones internacionales, en el caso relativo a Honduras y la declaración de los Cayos Cochinos, hábitat de la Comunidad Garífuna, como espacio natural protegido, lo que ha conllevado la prohibición de la pesca, elemento esencial de la dieta tradicional del grupo, con lo que la declaración afecta a su identidad y, con ello, a la misma supervivencia porque se ven forzados a cambiar las bases de su alimentación.

Más graves son los casos relativos a Paraguay, que llegaron a producir la muerte de algunos miembros de aquellos grupos que se trasladaron a los márgenes de una carretera, huyendo de sus tierras ancestrales, vendidas a empresas británicas y, aunque el Estado paraguayo les procuraba comida y agua. Esas provisiones resultaron insuficientes debido al desconocimiento del número de personas que lo conformaba, la ausencia de un censo provocó que las cantidades distribuidas no alcanzaran, según expresa la Corte en aquel acto los 300 gr. de alimento por persona y día. Lo anterior, unido a la distancia a la que se encontraba el hospital o el dispensario de salud más próximo hizo el resto, para que la Corte declarara la responsabilidad estatal en el caso debido a la vulneración del derecho a la vida como consecuencia de la privación de sus territorios ancestrales. En consecuencia, no toda privación vulnera el derecho a la vida, pero hay algunas que sí lo hacen y en el menor de los casos, afecta a la existencia cultural del grupo y a su misma identidad, por cuanto se desarrolla a través de cultivos, alimentación, prácticas religiosas...

De todos modos, observemos que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el derecho a reivindicar los territorios ancestrales no es indefinido. Su pervivencia dependerá del mantenimiento de la relación y la dependencia de los pueblos indígenas con estos espacios concretos, si no se advierte la presencia de esos elementos definidores de la identidad cultural indígena, la reivindicación se extinguirá. Es cierto que demostrar la pervivencia de ese vínculo resulta innecesario cuando nos referimos a pueblos que habitan en el territorio de sus antepasados, sin embargo, es imprescindible en los supuestos de traslado o reubicación, como paso previo a la admisión de la reivindicación.

(101) Se refiere a la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana en su Sentencia núm. T-652 (1998), sobre el Embalse Urra I que inundó 7.400 hectáreas en territorio colombiano, afectando al pueblo EmberaKatío del Alto Sinú.

Es preciso, por lo demás, con el propósito de garantizar el pacífico disfrute de las tierras ancestrales, mantener la propiedad con un alcance vertical y no solo en superficie, o cuando menos, exigir el consentimiento del pueblo indígena que pudiera verse afectado por los planes de exploración y explotación de los recursos que se encuentran en sus respectivos territorios. Es evidente que, si la norma básica nacional establece la propiedad estatal sobre los recursos, difícilmente se va a exceptuar en relación a estos titulares. Aspecto en el que la consulta es un instrumento de utilidad con el propósito de alcanzar una solución equilibrada entre el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y a su identidad cultural y el interés general siempre argüido como motivación de la realización de lo proyectado en su territorio.

Evidentemente, la expresión del consentimiento cuando no está definido el cauce para el desarrollo de la consulta que lo produce, puede dar lugar a fraudes que han de evitarse siempre. Si ha de expresarlo el grupo considerado colectivamente, no valdrá la suma de los consentimientos individuales, el divide y vencerás no puede ser un mecanismo válido de expresión de la voluntad colectiva, pues ha de encauzarse de conformidad con las normas tradicionales indígenas.

